



ÍNDICE

Presentación	9
Abreviaturas	23
Capítulo I	
EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA	
1. Los derechos humanos como expresión jurídica	25
2. Los instrumentos internacionales de derechos humanos	29
3. Los derechos humanos en el sistema constitucional argentino	31
3.1. La recepción constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.	31
4. Los derechos humanos, la supremacía constitucional y el bloque de constitucionalidad.	36
4.1. Conceptualización de supremacía constitucional	36
4.2. El llamado bloque de constitucionalidad argentino	38
5. Los derechos humanos en las relaciones de familia	41
6. El Derecho Constitucional de Familia	45
7. Nuestras conclusiones	50
Capítulo II	
EL DERECHO DE FAMILIA Y SU REGLAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. CASOS DE INCONSTITUCIONALIDADES	
1. El planteo	53
2. La reglamentación de los derechos constitucionales.	54
2.1. La legalidad y la razonabilidad en la reglamentación de los derechos	55
2.2. El debido proceso adjetivo o principio de legalidad	58
2.3. El debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad	61
2.4. El Congreso como órgano reglamentario del Derecho de Familia.	67
2.5. La reglamentación de los derechos en las relaciones de familia.	68
3. El orden público y la reglamentación constitucional.	70
3.1. El orden público: perfiles constitucionales	71
3.2. El orden público familiar: su influencia en la reglamentación del Derecho de Familia	73
4. El control constitucional de la reglamentación de derechos.	77
4.1. La declaración y calificación de "inconstitucionalidad"	77
4.2. La inconstitucionalidad: diferentes formas de manifestación	79
4.2.1. Inconstitucionalidad sobreviniente.	79
4.2.2. Inconstitucionalidad por omisión	80
4.3. El control de constitucionalidad en la Argentina	83
4.4. Vías para ejercer el control de constitucionalidad	85
4.5. Los límites del Poder Judicial en el control de constitucionalidad	89
5. La inconstitucionalidad en el Derecho de Familia: una perspectiva jurisprudencial	91
5.1. Guarda preadoptiva y residencia exigida en el país: plazo	91
5.2. Adopción conjunta por una pareja de hecho	92
5.3. Adopción plena del hijo del cónyuge	93
5.4. Adopción plena sin extinguir los vínculos con los parientes biológicos	94
5.5. Uniones convivenciales y daño moral: legitimación	94
5.6. Cúratela: representación dual	95
5.7. Divorcio y separación personal: plazo exigido en la separación de hecho prolongada.	96

5.8. Filiación: acción de impugnación de la paternidad matrimonial y la legitimación activa del padre biológico.	97
5.9. Filiación: plazo de caducidad en las acciones de filiación	97
5.10. Obligación alimentaria: inaplicabilidad de la subsidiariedad de la obligación de los abuelos.	99
6. Nuestras conclusiones	99

Capítulo III

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1. El Derecho de Familia y sus fundamentos en el marco constitucional.	103
2. La verdad y las relaciones familiares.	105
3. La autonomía de la voluntad y las relaciones familiares.	106
4. La igualdad y las relaciones familiares.	109
5. La solidaridad y las relaciones familiares.	114
6. El paradigma constitucional de protección a la niñez.	117
6.1. El principio del interés superior del niño, niña y adolescente (NNA)	119
6.2. El interés superior del niño: principio global y rector de la CDN.	120
6.3. El interés superior del niño: su concreta realización.	121
7. Las tutelas especiales, las políticas públicas y las relaciones familiares.	124
7.1. Las tutelas especiales y el derecho reglamentario de familia.	127
7.2. Las políticas sociales básicas desde la Constitución nacional.	128
7.3. Los operadores jurídicos frente a las políticas sociales básicas.	131
8. Nuestras conclusiones.	133

Capítulo IV

LA VERDAD Y LAS RELACIONES FAMILIARES

1. La verdad: aproximaciones en la identidad personal, en la filiación biológica, en la adopción, en la fertilización asistida, en el transexualismo y en el sistema judicial de acciones.	137
2. La verdad y la Constitución nacional.	139
2.1. La identidad personal: lo estático y lo dinámico.	140
2.2. La verdad biológica como contenido esencial de la identidad personal, familiar y social	142
2.3. El derecho a la identidad personal.	144
3. La identidad y la filiación.	145
3.1. El derecho de identidad personal en las relaciones familiares emergentes de la filiación	146
3.2. Evolución legislativa de la filiación en la Argentina.	149
3.2.1. El Código Civil originario argentino del siglo XIX.	149
3.2.2. La Ley de Matrimonio Civil 2393 de 1888.	151
3.2.3. La ley 14.367, del año 1954.	151
3.2.4. La ley 23.264, del año 1985, del nuevo régimen de filiación y patria potestad.	152
3.2.5. La ley 23.515, del año 1987, de Matrimonio Civil.	153
3.2.6. La ley de adopción 24.779, del año 1997.	153
3.2.7. La ley 26.061, del año 2005.	154
3.2.8. Regulación actual de la filiación.	154
4. La identidad en la filiación biológica	156
4.1. Principios que emergen de la filiación.	157
4.1.1. El principio de igualdad.	158
4.1.2. El principio de la verdad biológica.	159
4.1.3. El principio de la protección de la familia.	160

5. El derecho de identidad personal en la filiación adoptiva.	162
5.1. La adopción en el régimen legal actual.	165
5.2. El Código Civil y la aspiración de concretar el derecho de identidad en la adopción.	168
5.2.1. Obligación de los adoptantes de hacer conocer al adoptado su realidad biológica.	169
5.2.2. El derecho a acceder al expediente de adopción.	171
5.2.3. El interés superior de los NNA en la adopción.	173
5.3. La revocabilidad de la adopción plena.	174
5.3.1. El adoptado y la petición de revocación de la adopción plena.	177
5.3.2. Posibles consecuencias de la revocación de la adopción plena.	180
5.4. La adopción simple del hijo del cónyuge.	181
5.4.1. La adopción del hijo del cónyuge y el Derecho Constitucional.	182
5.4.2. La vía de la adopción plena del hijo del cónyuge: declaración de inconstitucionalidad.	185
6. El derecho de identidad en la fertilización asistida.	187
6.1. Las técnicas de procreación médica asistida.	189
6.2. Los "grandes temas" de la procreación asistida	192
6.2.1. Las personas que ostentan derecho a acceder a las técnicas.	192
6.2.2. Requisitos o condiciones exigibles a los donantes de material genético.	193
6.2.3. El anonimato del dador y el derecho a la identidad.	193
6.2.4. La determinación de la filiación materna y paterna en los casos de fecundación heteróloga.	194
6.2.5. La fecundación "post mortem".	195
6.2.6. La maternidad subrogada.	196
6.3. La fecundación homologa y la fecundación heteróloga: proyectos de ley.	198
6.3.1. Las prestaciones médicas obligatorias.	198
6.3.2. Propuestas de reformas al Código Civil.	198
6.3.3. Las políticas sociales básicas.	200
6.3.4. Las tendencias en el derecho proyectado argentino hasta 2008.	200
6.3.5. El aseguramiento de los DD.HH. en una futura legislación.	201
6.4. Los parámetros constitucionales en la fecundación médica asistida y el derecho a la identidad.	203
7. El derecho a la identidad y el transexualismo.	205
8. Las acciones de filiación: abordaje constitucional.	211
8.1. Negativa de someterse a las pruebas biológicas: el art. 4 de la ley 23.511 y la Constitución nacional.	212
8.1.1. La obtención "compulsiva" de la prueba ordenada por el juez.	214
8.1.2. Las razones que sustentan la implementación compulsiva de la prueba biológica.	215
8.1.3. La prueba biológica y la obligación a someterse a ellas.	216
8.2. Legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.	219
8.2.1. Determinación de la paternidad matrimonial: la presunción de paternidad.	219
8.2.2. La acción de impugnación de la paternidad matrimonial: acciones contempladas por la ley.	221
8.2.3. La acción de impugnación de la paternidad matrimonial propiamente dicha o rigurosa.	221
8.2.4. La legitimación en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial rigurosa.	223
8.2.5. La legitimación activa expresamente contemplada en la ley.	224
8.2.5.1. El marido.	225
8.2.5.2. El hijo: cuándo y cómo puede accionar.	225
8.2.5.2.1. El hijo mayor de edad, el hijo menor adulto, el hijo menor impúber y la capacidad progresiva en la ley 26.061.	227
8.2.5.3. Los herederos del marido.	228

8.2.6. La legitimación activa no expresamente contemplada en la ley.	229
8.2.6.1. La madre biológica.	229
8.2.6.2. El presunto padre biológico.	233
8.2.6.3. Los herederos del hijo.	234
8.2.6.4. El Ministerio Público de Menores.	236
9. Los plazos de caducidad en las acciones de filiación.	237
9.1. Los plazos de caducidad de las acciones de filiación previstos en el Código Civil.	238
9.1.1. Acción de impugnación de la paternidad matrimonial.	238
9.1.2. Acción de negación de la paternidad matrimonial.	239
9.1.3. Acción de impugnación del reconocimiento.	239
9.1.4. Acción de reclamación de la filiación.	239
9.2. Los plazos de caducidad: una mirada constitucional.	240
10. Los procesos de filiación, la sentencia y la cosa juzgada.	243
10.1. La sentencia.	244
10.2. La cosa juzgada.	245
10.2.1. La cosa juzgada y el fundamento constitucional.	247
10.2.2. La cosa juzgada: una evolución sobre su alcance.	249
10.2.3. La inmutabilidad absoluta.	250
10.2.4. La inmutabilidad relativa.	251
10.2.5. La mutabilidad excepcional de lo inmutable.	252
10.3. Las diferentes acciones de filiación en el derecho argentino.	254
10.4. Las acciones de filiación y el principio de cosa juzgada.	256
10.4.1. La revisión de la cosa juzgada: pautas generales.	258
10.4.2. La revisión de la cosa juzgada: diversas hipótesis.	259
10.4.2.1. Sentencias dictadas cuando no era posible la ejecución de la prueba de ADN.	259
10.4.2.2. Sentencias dictadas cuando era posible la ejecución de la prueba de ADN.	259
11. Nuestras conclusiones.	262
Conclusiones sobre verdad e identidad.	262
Conclusiones sobre el derecho de identidad.	263
Conclusiones sobre la filiación biológica.	263
Conclusiones sobre la filiación adoptiva.	264
Conclusiones sobre la fertilización médica asistida.	265
Conclusiones sobre transexualismo.	266
Conclusiones sobre prueba biológica.	266
Conclusiones sobre el sistema de acciones.	267
Conclusiones sobre caducidad de las acciones de filiación.	268
Conclusiones sobre la cosa juzgada.	269

Capítulo V

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

1. La autonomía de la voluntad y su significación jurídica en el Derecho Constitucional de Familia.	271
1.1. La autonomía de la voluntad: marco general.	271
1.2. La autonomía de la voluntad en las relaciones familiares.	273
2. La autonomía de la voluntad y el derecho matrimonial.	276
2.1. La autonomía de la voluntad y los aspectos personales durante la vigencia del matrimonio.	277
2.1.1. La evolución legislativa de la regulación matrimonial.	277
2.1.2. Los aspectos personales durante la vigencia del matrimonio	278
2.1.2.1. El deber de fidelidad.	280
2.1.2.2. El deber de cohabitación.	282
2.1.2.3. El deber de asistencia y los alimentos.	283
2.1.3. Los deberes personales durante el matrimonio: una mirada constitucional.	284

2.2. La autonomía de la voluntad y la crisis terminal del matrimonio.	287
2.2.1. "Divorcio sanción" y "divorcio remedio".	288
2.2.2. Evolución legislativa en la Argentina respecto a la crisis matrimonial Terminal.	290
2.2.3. Causales de la separación personal y del divorcio vincular en el Código Civil.	292
2.2.3.1. Causales subjetivas.	292
2.2.3.2. Causales objetivas.	293
2.2.3.2.1. Alteraciones mentales graves, alcoholismo y adicción a las drogas.	294
2.2.3.2.2. La separación de hecho prolongada.	294
2.2.3.2.3. Las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común	295
2.2.4. Abordaje constitucional del sistema de separación y divorcio establecido en el Código Civil.	296
2.2.4.1. Los plazos previstos en la causal objetiva y en la conversión de la separación personal.	296
2.2.4.1.1. La exigencia de plazos para el divorcio y la igualdad	298
2.2.4.2. Las causales de culpabilidad en la separación y el divorcio	301
3. La autonomía de la voluntad y el régimen matrimonial patrimonial.	305
3.1. El régimen patrimonial matrimonial regulado actualmente en el Código Civil	306
3.2. Abordaje constitucional del régimen patrimonial matrimonial vigente.	310
3.3. Perfiles constitucionales de un futuro régimen patrimonial matrimonial.	313
3.3.1. La posibilidad de opción del régimen patrimonial matrimonial.	314
3.3.2. La mutabilidad del régimen patrimonial matrimonial.	316
3.3.3. El establecimiento de un régimen supletorio.	317
3.3.4. El régimen primario de protección y la creación de un sistema de publicidad adecuado.	318
4. La autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria.	320
4.1. El derecho constitucional a testar.	320
4.2. La reglamentación del derecho constitucional a testar: la legítima hereditaria.	324
4.3. Abordaje constitucional de la legítima hereditaria.	327
5. Nuestras conclusiones.	332
Conclusiones sobre autonomía de la voluntad en la Constitución nacional y las relaciones de familia.	332
Conclusiones sobre la autonomía de la voluntad y los aspectos personales durante la vigencia del matrimonio.	333
Conclusiones sobre la autonomía de la voluntad y la crisis terminal del matrimonio.	334
Conclusiones sobre la autonomía de la voluntad y el régimen matrimonial patrimonial.	336
Conclusiones sobre la autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria	336

Capítulo VI LA IGUALDAD Y LAS RELACIONES FAMILIARES

1. La igualdad y las "familias".	339
1.1. Las diversas formas familiares.	343
1.2. Las diversas formas familiares y el derecho reglamentario.	349
1.3. Las diversas formas familiares, la gobernabilidad y los derechos humanos.	350
2. Género e igualdad en las relaciones familiares.	352
2.1. La evolución y recepción de la noción de género en los tratados internacionales y en el derecho internacional.	353
2.1.1. La recepción de la noción de género en los tratados internacionales.	353
2.1.1.1. Primera etapa (1789-1948). La exclusión de la mujer.	354
2.1.1.2. Segunda etapa (1948-1979). Los derechos humanos de la mujer, en clave masculina: un esbozo de inclusión.	355
2.1.1.3. Tercera etapa (1979-1993). Los derechos humanos específicos de las mujeres.	355

2.1.1.4. Cuarta etapa. La paridad de los derechos humanos de hombres y mujeres (1993 en adelante).	356
2.1.2. La recepción de la noción de género en el derecho internacional.	357
2.1.3. El derecho humanitario y la noción de género: una perspectiva inexcusable.	358
2.2. La noción de género en la legislación argentina.	359
2.2.1. La noción de género en la Constitución nacional.	360
2.2.2. La noción de género en el derecho privado reglamentario.	363
2.2.2.1. La situación de la mujer casada.	363
2.2.2.1.1. El Código Civil originario.	363
2.2.2.1.2. Ley de Matrimonio Civil 2393 de 1888.	363
2.2.2.1.3. La ley 11.357, de 1926.	364
2.2.2.1.4. La ley 17.711, de reformas al Código Civil, de 1968.	365
2.2.2.1.5. Las leyes 23.264 y 23.515, de 1985 y 1987.	365
2.2.2.1.6. La ley 25.781, del año 2003.	366
2.2.2.2. La nuera viuda sin hijos, el "yerno viudo" y el derecho sucesorio.	367
2.2.2.3. La igualdad y la edad nupcial en el matrimonio.	369
2.2.2.4. La igualdad y el apellido.	370
2.2.2.4.1. El apellido de los hijos.	370
2.2.2.4.2. El uso del apellido en el matrimonio.	371
3. La patria potestad compartida o responsabilidad parental y la igualdad en las relaciones familiares.	373
3.1. La regulación actual en el Código Civil.	374
3.2. La responsabilidad parental conjunta: abordaje constitucional.	375
4. Las uniones convivenciales y la igualdad en las relaciones familiares.	380
4.1. Terminología: del "concubinato" a las "uniones convivenciales" o "uniones de hecho".	382
4.1.1. Diversas denominaciones de las uniones convivenciales.	383
4.1.2. a) Personas con o sin impedimentos para contraer matrimonio.	384
4.1.2. b) Unión marital de hecho y concubinato.	384
4.1.2. c) Sociedad de hecho.	385
4.1.2. d) Nuestra posición.	385
4.2. Causas de las uniones convivenciales.	385
4.2.1. Las uniones de hecho voluntarias.	386
4.2.2. Las uniones de hecho forzosas.	386
4.3. Regulación actual argentina de algunos efectos de la unión de hecho.	387
4.4. Proyectos de ley sobre la unión de hecho.	391
5. Las uniones convivenciales y el Derecho Constitucional de Familia.	393
5.1. Las regulaciones mínimas de las uniones de hecho.	395
5.1.1. Alimentos entre convivientes.	396
5.1.2. Protección de la vivienda familiar.	397
5.1.3. Régimen patrimonial.	397
5.1.4. La legitimación activa del conviviente para exigir el daño moral.	398
5.1.5. Derecho sucesorio.	400
5.2. Las uniones de hecho: tendencias para una futura regulación.	400
5.2.1. Alternativas de autorregulación.	400
5.2.2. Regulación supletoria en caso de disolución de la unión fáctica, a falta de sujeción al régimen por inscripción o en ausencia de pactos.	401
6. Nuestras conclusiones.	401
Conclusiones sobre la igualdad y las diversas formas familiares	402
Conclusiones sobre género e igualdad en las relaciones familiares.	403
Conclusiones sobre la situación de la mujer casada.	404
Conclusiones sobre la nuera viuda sin hijos y el derecho sucesorio	404
Conclusiones sobre la igualdad y la edad nupcial en el matrimonio	404
Conclusiones sobre el apellido de los hijos.	404
Conclusiones sobre el uso del apellido en el matrimonio	404

Conclusiones sobre la patria potestad compartida y la igualdad.	405
Conclusiones sobre las uniones convivenciales y la igualdad.	406

Capítulo VII
LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y LAS TUTELAS
ESPECIALES EN LAS RELACIONES FAMILIARES

1. La ley argentina como reglamentación del paradigma constitucional de protección a la niñez y la adolescencia.	409
1.1. El Código Civil.	410
1.2. La ley 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.	412
1.3. La capacidad progresiva de los NNA.	417
1.4. La niñez y la ley reglamentaria argentina.	419
2. Los NNA frente a la mayoría de edad y la plena capacidad.	420
2.1. El fundamento de la mayoría de edad.	420
2.2. La mayoría de edad en el ordenamiento jurídico argentino.	422
2.3. La mayoría de edad del Código Civil: perspectiva constitucional.	422
3. Los NNA frente a la patria potestad.	424
3.1. La patria potestad en el Código Civil.	426
3.2. Los NNA, la patria potestad y la responsabilidad parental: perspectiva constitucional.	428
4. Los NNA frente al usufructo paterno-materno.	429
4.1. El usufructo paterno-materno: su fundamento.	430
4.2. El usufructo en el Código Civil (usufructo paterno vs. usufructo real).	431
4.2.1. El usufructo como derecho real: su expresión concreta.	431
4.2.2. El usufructo paterno-materno: regulación y contenido.	433
4.2.3. Los bienes exceptuados del usufructo de los padres.	434
4.2.4. Las cargas del usufructo de los padres.	435
4.3. La Constitución nacional y el usufructo paterno-materno.	436
4.4. El usufructo paterno-materno y la solidaridad familiar: perspectiva constitucional.	438
5. Los NNA frente a la reclamación de "alimentos".	440
5.1. La regulación legal de los alimentos en el Código Civil.	440
5.2. Los alimentos derivados de la patria potestad o responsabilidad parental.	443
5.3. Los NNA y la obligación alimentaria de los abuelos.	445
5.3.1. La obligación alimentaria de los abuelos según el Código Civil.	446
5.3.2. Los alimentos de los NNA en la CDN y los abuelos.	448
5.3.3. La obligación alimentaria de los abuelos en el Código Civil y la CDN: perspectiva constitucional.	450
5.3.3.1. La obligación alimentaria "subsidiaria".	451
5.3.3.2. La obligación alimentaria "simultánea" o "directa".	451
5.3.3.3. La obligación alimentaria "subsidiaria" no formal.	452
5.3.3.4. La obligación alimentaria de los abuelos: nuestra posición.	452
6. Las tutelas especiales a las relaciones familiares y los DD.HH.	454
7. La tutela de la salud mental: abordaje desde los DD.HH.	456
7.1. Evolución histórica de la salud mental desde los DD.HH.	458
7.2. La salud mental y la incapacidad jurídica en el Código Civil argentino: patria potestad, tutela, curatela.	462
7.2.1. La inhabilitación judicial y la "capacidad" jurídica.	463
7.2.2. La curatela y la incapacidad jurídica. Discapacitados.	465
7.3. La "incapacidad" mental: abordaje constitucional.	467
7.4. La "incapacidad" mental en la doctrina judicial argentina.	470
7.4.1. La curatela compartida.	471
7.4.2. La capacidad "escalonada" del incapaz.	472
7.4.2.1. La capacidad de administración del beneficio previsional.	473
7.4.2.2. El ejercicio de la patria potestad.	474
7.4.3. Los derechos mínimos específicos.	474

7.4.4. La protección del discapacitado desde el principio de inmediatez.	476
8. La tutela de los derechos de los adultos mayores.	477
8.1. El mandato de protección a las personas en situación de vulnerabilidad.	478
8.2. La solidaridad familiar y el deber de asistencia hacia los adultos mayores.	482
9. La tutela de la vivienda familiar.	483
9.1. La "vivienda familiar".	483
9.2. La protección constitucional de la vivienda familiar.	485
9.2.1. La Constitución nacional de 1949.	486
9.2.2. La Constitución nacional de 1957.	486
9.2.3. La Constitución de 1994 y los tratados de derechos humanos.	487
9.2.4. La vivienda familiar en el derecho público provincial.	488
9.3. La protección de la vivienda familiar en el Código Civil.	489
9.3.1. El hogar conyugal tutelado por el art. 1277 del Código Civil.	489
9.3.2. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite.	491
9.3.3. La vivienda familiar y la separación o el divorcio vincular.	491
9.3.4. La indivisión hereditaria.	492
9.3.5. El régimen de bien de familia (ley 14.394 del año 1954).	492
9.4. La protección de la vivienda familiar: abordaje constitucional.	495
9.4.1. El bien de familia y los "convivientes": perspectiva constitucional.	498
10. Nuestras conclusiones.	501
Conclusiones sobre la ley argentina como reglamentación del paradigma constitucional de protección a la niñez.	501
Conclusiones sobre la capacidad progresiva de los NNA.	502
Conclusiones sobre la mayoría de edad.	502
Conclusiones sobre la responsabilidad parental.	503
Conclusiones sobre el usufructo paterno-materno.	504
Conclusiones sobre los NNA y los alimentos de los abuelos.	504
Conclusiones sobre la salud mental.	505
Conclusiones sobre los adultos mayores.	506
Conclusiones sobre vivienda familiar.	506
 BIBLIOGRAFÍA	511